GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : 34024C
Inscrit le 14 février 2014

<u>Audience publique du 26 mars 2015</u>

Appel formé par

- **la société à responsabilité limitée IE s.à r.l., …,**
- **la société à responsabilité limitée E s.à r.l., .-…,**

contre
un jugement du tribunal administratif du 13 janvier 2014 (n° 31612 du rôle)
dans un litige les opposant à
une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière d'impôts

Vu l'acte d'appel, inscrit sous le numéro 34024C du rôle, déposé au greffe de la Cour administrative le 14 février 2014 par Maître Jean SCHAFFNER, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de :

1) la société à responsabilité limitée IE s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-…, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par ses gérants actuellement en fonctions, et

2) la société à responsabilité limitée E s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-…, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B …, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

dirigé contre un jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 13 janvier 2014, les ayant déboutées de leur recours tendant à la réformation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 3 août 2012, répertoriée sous les numéros C 16990 et C 16991 du rôle, ayant rejeté comme non fondées des réclamations introduites le 30 août 2011 contre :

⇒ les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal pour l'année

2006 émis le 1er juin 2011 à l'égard de la société à responsabilité limitée IE s.à r.l.,

⇒ les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal pour l'année 2006 émis le 6 juillet 2011 à l'égard de la société à responsabilité limitée IE s.à r.l.,

⇒ les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal pour l'année 2006 émis le 20 juillet 2011 à l'égard de la société à responsabilité limitée IE s.à r.l.,

⇒ les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal pour l'année 2006 émis le 1er juin 2011 à l'égard de la société à responsabilité limitée E s.à r.l.,

⇒ les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal pour l'année 2006 émis le 6 juillet 2011 à l'égard de la société à responsabilité limitée E s.à r.l. ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe de la Cour administrative le 14 mars 2014 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 7 avril 2014 par Maître Jean SCHAFFNER pour compte des sociétés à responsabilité limitée IE s.à r.l. et E s.à r.l. ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe de la Cour administrative le 7 mai 2014 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jean SCHAFFNER et Madame le délégué du gouvernement Betty SANDT en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 5 juin 2014.

La société à responsabilité limitée IE s.à r.l., désignée ci-après par la « *société IE* », ainsi que la société à responsabilité limitée E s.à r.l., désignée ci-après par la « *société E* », la société anonyme C S.A., désignée ci-après par la « *société C* », et la société anonyme L S.A., désignée ci-après par la « *société L* », bénéficient du régime de l'intégration fiscale au sens de l'article 164*bis* de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, désignée ci-après par la « *LIR* ». Préalablement au 1er août 2006, la société IE, en tant que société faîtière, détenait la majorité des parts dans le capital social de la société E , cette dernière ayant détenu la majorité des parts dans le capital social de la société C, respectivement de la société L.

Le 31 juillet 2006, les actionnaires de la société C, dont l'actionnaire majoritaire, à savoir la société E , procédèrent à une augmentation du capital social de la société C de … euros pour porter le capital à … euros. La société E souscrivit intégralement l'augmentation de capital de … euros.

Le lendemain, soit le 1er août 2006, la société E céda ses parts dans le capital social de la société C à la société L pour le prix d'un (1) euro. Suite à cette cession, la société E entendit procéder, concernant l'année 2006, à la déduction fiscale d'une perte découlant de la cession de cette participation.

Le 1er juin 2011, le bureau d'imposition Sociétés 1 … de l'administration des Contributions directes, désigné ci-après par le « *bureau d'imposition* », émit à l'égard de la société IE le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006, le bulletin de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006 ainsi que le bulletin de l'impôt commercial communal de l'année 2006. Le 6 juillet 2011, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société IE un bulletin rectifié de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006, un bulletin rectifié de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006 ainsi qu'un bulletin rectifié de l'impôt commercial communal de l'année 2006. Le 20 juillet 2011, le bureau d'imposition émit de nouveau à l'égard de la société IE un bulletin rectifié de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006, un bulletin rectifié de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006 ainsi qu'un bulletin rectifié de l'impôt commercial communal de l'année 2006.

Parallèlement, le bureau d'imposition émit en date du 1er juin 2011 à l'égard de la société E le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006, ainsi que le bulletin de l'impôt commercial communal de l'année 2006. En date du 6 juillet 2011, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société E un bulletin rectifié de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006 ainsi qu'un bulletin rectifié de l'impôt commercial communal de l'année 2006.

Tout comme le bulletin initial de l'impôt sur le revenu des collectivités concernant l'année 2006, émis en date du 1er juin 2011, le bulletin rectifié de l'impôt sur le revenu des collectivités concernant l'année 2006, émis le 6 juillet 2011 à l'égard de la société E , retint une « *perte sur vente de participation inadmissible* » d'un montant de … euros. Le bulletin initial indiqua à cet égard : « *Les arguments présentés lors des réunions du 11.02/ 07.04/ 03.05.2011 et les documents produits ne justifient pas la déduction de la perte sur vente de participation* ».

Par courrier de leur mandataire du 29 août 2011, réceptionné par la direction de l'administration des Contributions directes le 30 août 2011, les sociétés GIE et GE firent introduire une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, désigné ci-après par le « *directeur* », à l'encontre de l'ensemble des bulletins précités, émis respectivement les 1er juin, 6 juillet et 20 juillet 2011 tant à l'égard de la société IE qu'à l'égard de la société E , en contestant « *essentiellement le refus par le bureau d'imposition Sociétés 1 de prendre en compte la perte subie par E à hauteur de ... (sur un total de ...) et son incidence sur le montant de l'assiette imposable consolidée (par voie d'intégration fiscale) de GIE* ».

Par décision du 3 août 2012, répertoriée sous les numéros C 16990 et C 16991 du rôle, le directeur déclara les réclamations introduites par les sociétés GIE et GE non fondées et les rejeta. Ladite décision est fondée sur les considérations et motifs suivants :

« *Vu la requête introduite (n° C 16690) le 30 août 2011 par Me Jean Schaffner au nom de la société à responsabilité limitée IE, avec siège social à L-..., pour réclamer contre :*

- *les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 1er juin 2011 ;*

- *les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 6 juillet 2011 ;*

- *les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 20 juillet 2011 ;*

Vu la requête introduite (n° C 16991) le 30 août 2011 par Me Jean Schaffner au nom de la société à responsabilité limitée E, avec siège social à L-..., pour réclamer contre :

- *les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 1er juin 2011 ;*

- *les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 6 juillet 2011 ;*

Vu le dossier fiscal ;

Vu les paragraphes 228, 234 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant que les réclamations portent sur le refus d'avoir pris en compte une perte subie par la société E ;

QUANT À LA FORME

En ce qui concerne la jonction des réclamations

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal de la société à responsabilité limitée IE que celle-ci, ensemble avec 14 autres sociétés résidentes, entre autres avec la société anonyme C et la société à responsabilité limitée E, sont intégrées fiscalement au sens de l'article 164bis L.I.R. ;

Considérant qu'aux termes de l'article 164bis L.I.R., « les sociétés de capitaux résidentes pleinement imposables, dont 95% au moins du capital est détenu directement ou indirectement par une autre société de capitaux résidente pleinement imposable ou par un établissement stable indigène d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités, peuvent, sur demande, être intégrées fiscalement dans la société mère ou dans l'établissement stable indigène, de façon à faire masse de leurs résultats fiscaux respectifs avec celui de la société mère ou de l'établissement stable indigène » ;

Considérant que la circulaire L.I.R. n° 164bis/1 du 27 septembre 2004 retient que le régime d'intégration fiscale ne vise pas à instaurer une base légale pour l'imposition du résultat consolidé au sens propre d'un groupe de sociétés, mais se limite à permettre aux sociétés intéressées de regrouper ou de compenser leurs résultats fiscaux pendant la période d'application du régime d'intégration fiscale ;

Considérant que les résultats fiscaux des sociétés filiales admises au régime d'intégration fiscale, dont le résultat fiscal de la société à responsabilité limitée E (société filiale), sont ajoutés au résultat fiscal de la société faîtière, en l'occurrence de la société à responsabilité limitée IE (société faîtière) ;

Considérant qu'aux termes de l'alinéa 4 de l'article 1 du règlement grand-ducal du 1er juillet 1981 portant exécution de l'article 164bis L.I.R., la société mère (faîtière) est passible de l'impôt sur le revenu des collectivités correspondant au revenu imposable du groupe établi ;

Considérant qu'en l'espèce, le résultat fiscal de la société filiale a été augmenté d'un montant de ... euros par le bureau d'imposition ;

que ce résultat fiscal a été rajouté au résultat fiscal de la société faîtière qui est seule assujettie à l'impôt sur le revenu des collectivités et à l'impôt commercial communal au titre de l'année litigieuse ;

Considérant que les requêtes ayant des objets communs, il y a lieu de les joindre pour y statuer par une seule et même décision ;

En ce qui concerne la portée des réclamations

Considérant que les bulletins originaires, émis en date du 1er juin 2011, n'avaient pas encore acquis force de chose décidée dans la mesure où les bulletins rectificatifs ont été émis dans le délai dans lequel une réclamation aurait pu être adressée au directeur ;

qu'en conséquence les réclamations interjetées contre les bulletins rectificatifs remettent en question les impositions dans leur intégralité, conformément au paragraphe 243 AO, sans que la limitation résultant du paragraphe 234 AO ne soit à prendre en considération ;

Considérant qu'en vertu du § 243 AO, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens des réclamants, la loi d'impôt étant d'ordre public ;

qu'à cet égard le contrôle de la légalité externe de l'acte doit précéder celui du bien-fondé ;

qu'en l'espèce la forme suivie par le bureau d'imposition ne prête pas à critique ;

Considérant qu'il échet de constater que les moyens à l'appui du recours visent à modifier les bases d'imposition retenues dans les bulletins du 1er juin 2011, du 6 juillet 2011 et du 20 juillet 2011, i.e. le refus de la déduction d'une perte de ... euros ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les réclamations ont été introduites dans les forme et délai de la loi ; qu'elles sont partant recevables ;

QUANT AU FOND

Considérant qu'en établissant les bases d'imposition de l'année 2006, le bureau d'imposition a refusé d'admettre en déduction du revenu imposable une perte sur la cession d'une participation d'un montant de ... euros dans le chef de la société filiale ;

Considérant que la société filiale détient 99,9999% du capital social de la société anonyme C soit ... actions ;

Considérant que la société anonyme C a entre autres pour objet la production et la fabrication de verre, l'achat et la vente de produits chimiques et de matières premières utilisées pour la production de verre ;

qu'elle est spécialisée dans la production de « coated glass » ;

Considérant qu'en date du 31 juillet 2006, les actionnaires de la société anonyme C ont procédé à une augmentation de capital de … euros pour porter son capital actuel de … euros à … euros (…actions d'une valeur nominale de … euros par action) ;

que l'actionnaire majoritaire, i.e. la société filiale, a souscrit intégralement l'augmentation de capital de … euros ;

Considérant qu'en date du 1er août 2006, la société filiale a vendu sa participation dans la société anonyme C à une autre société du groupe GG, dénommée L S.A. au prix de 1 euro ;

Considérant que la société filiale a fait valoir une perte de cession au cours de l'année d'imposition 2006 dégagée comme suit :

01.01.2006	*Participation de E dans le capital de C* *(capital de …-1 action)*	*…*
31.07.2006	*Augmentation de capital souscrite intégralement par E*	*+…*
31.07.2006	*Valeur nominale de la participation C*	*…*
01.08.2006	*Prix de cession*	*-1,00*
	Perte sur cession participation C	*-…*

Considérant qu'il résulte du dossier fiscal et d'une publication au Mémorial C (n° … du …) que les sociétés anonymes L et C ont fusionné avec prise d'effet au 1er avril 2007 ;

Considérant que les réclamantes font valoir que le prix de vente de la participation dans la société C aurait été basé sur une évaluation selon la méthode « discounted cash flow » reconnue et admise par les administrations fiscales française, allemande et suisse ;

que cette méthode consisterait dans le calcul, par actualisation, de « la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs attendus d'une activité » ;

Considérant qu'en matière fiscale, les sociétés membres d'un groupe doivent être considérées comme agissant entre elles sur un marché de pleine concurrence (normes OCDE) ;

qu'à l'époque du transfert de la participation à l'intérieur du groupe GG, le prix de cession a donc dû être conforme suivant le principe de la pleine concurrence aux prix convenus dans des conditions similaires entre tiers ;

Considérant qu'en matière de l'application du régime d'intégration fiscale, les sociétés intégrées fiscalement sont obligées de se conformer au principe de la pleine concurrence pendant toute la durée d'application du régime ;

Considérant que l'article 164 L.I.R. confirme le principe de pleine concurrence dans son alinéa 3 : « Il y a distribution cachée de bénéfices notamment si un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société ou d'une association dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité » ;

Considérant que la disposition de l'article 164 alinéa 3 L.I.R. est l'application du principe suivant lequel il y a lieu, pour les besoins du fisc, de restituer aux actes leur véritable caractère et doit partant s'interpréter en fonction de cette finalité (Conseil d'État du 13 janvier 1987, no 6690 du rôle, décision C 9679) ;

Considérant que tant les distributions ouvertes que les distributions cachées de bénéfices sont à comprendre dans le revenu imposable d'une société ;

Considérant qu'il y a lieu d'analyser en l'espèce si le prix de cession est conforme au principe de pleine concurrence ;

Considérant qu'aux termes de l'article 27 alinéa 2 L.I.R., la valeur estimée de réalisation correspond au prix qui s'obtiendrait lors d'une aliénation normale et librement consentie du bien envisagé, compte tenu de toutes les circonstances et conditions se répercutant sur le prix, à l'exception toutefois des circonstances et conditions anormales ou personnelles ;

Considérant en outre que le paragraphe 10 de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs (BewG) définit également la valeur estimée de réalisation (« gemeiner Wert ») comme le prix qui serait obtenu en cas de vente dans la pratique commerciale courante d'après la consistance du bien économique envisagé ; qu'il doit être tenu compte de toutes les circonstances qui influent sur le prix et que les circonstances anormales ou personnelles ne doivent pas être prises en considération ;

Considérant que tant la loi concernant l'impôt sur le revenu que la loi sur l'évaluation des biens et valeurs retiennent dans leurs définitions de la valeur estimée de réalisation que les circonstances anormales ou personnelles ne doivent pas influencer le prix de vente ;

qu'en l'espèce, l'avantage dont a bénéficié la société L en acquérant à un prix symbolique une participation dans le capital social d'une société sœur de sa société mère, tire son origine de la relation particulière entre actionnaire et société ;

Considérant que les relations entre une société et les actionnaires/associés doivent se nouer comme entre tiers ;

qu'en l'occurrence, même si les réclamantes font valoir que la société filiale a dû procéder « à un assainissement de sa filiale en recapitalisant C à hauteur de EUR ... afin de ramener au moins à zéro sa valeur de marché », il n'en reste pas moins que la participation dans la société anonyme C n'aurait pas été vendue pour le prix symbolique d'un euro à un tiers indépendant ;

Considérant encore qu'en vertu de l'article 23 alinéa 3 L.I.R., les participations sont à évaluer au prix d'acquisition ou de revient ;

que lorsque la valeur d'exploitation y est inférieure, l'évaluation doit se faire à cette valeur inférieure pour être conforme aux principes d'une comptabilité régulière (article 23 alinéa 1 er L.I.R.) ;

Considérant que les comptes annuels de la société anonyme C font ressortir des fonds propres de ... euros au 31 décembre 2005 et de ... euros au 31 décembre 2006 ;

Considérant qu'en l'occurrence, la valeur comptable au 1er janvier 2006 de la participation C au bilan de la société filiale s'élève à ... euros ;

que la valeur comptable correspond à la valeur nominale de la participation et n'a pas fait l'objet d'une correction de valeur dans les comptes annuels de la société filiale ; qu'il n'est pas clair pourquoi la société filiale a vendu une participation un jour après l'augmentation de capital de quelque ... millions d'euros à un prix « symbolique » d'un euro ;

Considérant en plus qu'il n'est pas clair pourquoi une société du groupe GG entend fusionner avec une autre société de ce groupe si cette dernière ne connaît que de perspectives de pertes pour les années à venir ;

Considérant que la société L et la société C sont liées par un contrat « cost plus » ;

que la société L était responsable pour la commercialisation et la distribution du « coated glass » fabriqué par la société sœur C spécialisée en cette production ;

Considérant que les réclamantes sont restées en défaut de fournir des explications concluantes afin d'élucider la vente de cette participation d'une valeur comptable de ... euros au 31 juillet 2006 à un prix symbolique d'un euro ;

Considérant que les réclamantes se bornent à verser une copie d'une « feuille de calcul » établissant la valeur de marché négative de la société C selon la méthode « discounted cash flow » (annexe 3 de la requête introductive) ;

Considérant qu'en matière de détermination de prix de transferts sur un marché libre, une telle « feuille de calcul » ne saurait servir comme base d'évaluation concluante à un acheteur indépendant ;

Considérant que même si les groupes de sociétés sont en principe libres de recourir à la méthode d'évaluation la plus appropriée au cas d'espèce, il n'en reste pas moins que les méthodes d'évaluation utilisées doivent être établies par des experts indépendants et contenir une documentation détaillée quant à la méthode de calcul ;

Considérant que les réclamantes sont également restées en défaut de produire des preuves pour l'allégation qu'il aurait été impossible de trouver un acheteur indépendant pour la participation litigieuse ;

Considérant dès lors qu'aucun motif de la vente de ladite participation en-dessous de la valeur comptable de ... euros n'est apparent ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le bureau d'imposition n'a pas admis en déduction la perte sur cession d'un montant de ... euros ;

Considérant que pour le surplus, les impositions sont conformes à la loi et aux faits de la cause et ne sont d'ailleurs pas contestées ; (…) ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 31 octobre 2012, les sociétés GIE et GE firent introduire un recours tendant à la réformation de la décision précitée du directeur du 3 août 2012.

Dans son jugement du 13 janvier 2014, le tribunal reçut ce recours en la forme mais le rejeta comme étant non fondé.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 14 février 2014, les sociétés GIE et GE ont fait régulièrement relever appel de ce jugement du 13 janvier 2014.

Elles précisent d'abord que le groupe GG est spécialisé dans le développement et la fabrication de verre de haute qualité à usage dans le bâtiment et dans la construction et qu'il est l'un des quatre leaders mondiaux dans ce secteur. La société IE est la société tête de groupe au niveau luxembourgeois et détient plusieurs filiales, tant au Luxembourg qu'à l'étranger, et elle a demandé à bénéficier à compter du 1er janvier 2001 du régime de l'intégration fiscale vis-à-vis de plusieurs de ses filiales luxembourgeoises, dont les sociétés GE, C et L. Les appelantes réitèrent leur position que la valeur retenue lors de la cession des parts de la société C à la société L par la société E , faite pour le prix d'un euro, correspondrait à la valeur de la société C déterminée par une méthode d'évaluation communément admise entre tiers et en faisant abstraction des circonstances anormales ou personnelles, en l'occurrence par la méthode du « *discounted cash flow* » (DCF), qui aurait abouti à une valeur négative de la société C en tenant compte de ses dettes. Ainsi, la société E aurait recapitalisé la société C avant la vente pour ramener sa valeur au moins à 0, car aucun repreneur n'aurait accepté d'acheter une société ayant une valeur négative.

Quant à l'évolution de la situation factuelle à la base du litige, les appelantes expliquent que la société C serait spécialisée dans la production de « *coated glass* » (« *verre à couches* »), technologie consistant à mettre une ou plusieurs couches sur le verre plat afin de renforcer certaines caractéristiques du verre, tandis que la société L produit et distribue du verre plat non traité. En 2001, la société C a construit un nouveau « *coater* » fonctionnant par électrolyse et permettant d'appliquer sur le verre plat des couches de protection variant en fonction des propriétés qu'on souhaite donner au verre. Il s'agissait du premier « *coater* » de ce type du groupe GG en Europe et GG espérait prendre, par là-même, une avance considérable sur ses concurrents. Ce nouveau « *coater* » devait servir pour les besoins de deux secteurs d'activité distincts, à savoir le secteur de l'automobile et le secteur de l'architecture. Cependant, les débouchés escomptés n'ont pas été atteints car le produit développé par la société C s'est avéré trop cher pour s'imposer comme pare-brise installé de série par les constructeurs automobiles européens. Dans le secteur de l'architecture, la production du « *coater* » était handicapée par une déperdition importante lors de l'application des couches, engendrant des coûts élevés et une lenteur trop importante de la chaîne de fabrication. De ce fait, seul 1/10e de la capacité de production initialement prévue aurait été atteint.

Initialement, les sociétés C et L avaient conclu avec effet au 1er janvier 2002 un contrat pour la commercialisation de « *coated glass* » (« *processing agreement* »), au vœu duquel la société L utiliserait son réseau de distribution existant en matière de verre plat pour créer des synergies entre le verre à couches de la société C et le verre plat. Pour cette raison, la société L s'était initialement engagée à acheter à la société C l'ensemble de sa production, en versant à cette dernière une rémunération annuelle qu'elle calculait sur la base des coûts fixes et variables (« *full cost plus* »), et en partant de l'idée que la capacité de production de la société C serait plus ou moins pleinement utilisée. Les appelantes affirment que ce mode de rémunération serait normal et habituel entre tiers, contrairement aux critiques de l'administration, dans la mesure où il serait d'usage, en cas de travail à façon, que le donneur

d'ordre rembourse au producteur (façonneur) ses coûts plus une marge conforme au secteur d'activité en question et que le producteur ne prend pas de risques mais ne participe pas non plus au succès du produit. Lorsque le contrat de production a été conclu en 2002, les parties auraient été d'avis que la capacité de production de la société C serait pleinement utilisée, que le contrat serait dans l'intérêt des deux parties en ce que le gros du profit n'aurait pas été pour la société C, mais pour la société L, qui n'aurait pas à soutenir financièrement la société C. Au vu du constat que la capacité de production n'a pas pu être utilisée pleinement, de sorte que la société C se retrouvait en bénéfice alors que la société L supportait les coûts de surcapacité, des ajustements dans le processus de production ont d'abord été initiés afin que la société C réduise ses coûts. En raison de l'échec de ces ajustements, le « *processing agreement* » a été renégocié avec effet au 1er janvier 2006 en ce sens que la société C se voyait désormais rembourser ses coûts fixes uniquement en fonction de la capacité de production effectivement utilisée, ces modifications ayant ainsi eu pour effet que la société C supportait donc les aléas du secteur d'activité et des débouchés et se retrouvait ensuite irrémédiablement en perte, sauf développement favorable dans le secteur du verre à couches ou dans son modèle économique.

Sur base de cet exposé des faits, les appelantes font valoir qu'il serait erroné de dire, comme le tribunal l'a fait, que le « *processing agreement* » aurait été renégocié rétroactivement et que la renégociation aurait été effectuée fin 2005/début 2006 pour prendre effet au 1er janvier 2006 même si la documentation contractuelle n'aurait été finalisée que quelques semaines plus tard. Elles soutiennent que le tribunal insinuerait à tort que les parties avaient connaissance, dès le départ, que le prix fixé pour le verre à couches entre les sociétés C et L n'était pas adapté et qu'en réalité, en présence d'un « *travail à façon* », il serait normal que le façonneur se voit rembourser l'ensemble de ses coûts par le donneur d'ordre, plus une marge de profits. Ensuite, la modification du « *processing agreement* » n'aurait pas pu se faire du jour au lendemain et il aurait fallu une période d'attente pour voir si le marché allait effectivement décoller. En outre, une modification ou résiliation intempestive de ce contrat n'aurait pas été acceptable non plus entre tiers indépendants, en fonction du principe de droit civil que les contrats sont à exécuter de bonne foi. Ainsi, ce ne serait que fin 2005 que la société L aurait réussi à imposer un changement du « *processing agreement* » car le marché du verre à couches « *n'a pas décollé* » à modèle économique et industriel constant. A ce moment, la société E se serait trouvée confrontée à la question de l'avenir de la société C et aurait eu plusieurs options envisageables :

- vendre la société C à un tiers repreneur ; cette option se serait heurtée à deux écueils, à savoir, premièrement, la difficulté de retrouver un repreneur dans la mesure où les autres fabricants du secteur du verre auraient tous fait la même mésestimation des capacités d'absorption du marché en matière de pare-brise à couches et, deuxièmement, le fait que chaque fabricant dispose de ses propres techniques de production et savoir-faire, de manière qu'il ne serait pas possible qu'un autre fabricant achète une usine avec un « *coater* » alors que probablement ce dernier ne pourra pas fonctionner avec le verre plat, tel qu'il est fabriqué par le repreneur ;

- fermer l'entreprise C ; cette option aurait été désastreuse en termes de réputation pour le groupe et de coûts ; dans la mesure où la société E aurait financé indirectement par des prêts l'entreprise C, la fermeture de celle-ci aurait impliqué le caractère irrécouvrable de ces prêts d'un montant de … millions euros fin 2005 et partant une perte pour la société E au moins équivalente à la cession de la société C suivie de sa recapitalisation, car la société E n'aurait pas pu recouvrer les prêts auprès de la société C et aurait perdu le capital investi (… millions euros au 31 décembre 2005) ;

- vendre la société C en interne à des conditions de marché.

Les appelantes exposent que cette dernière option, la plus rationnelle et cohérente, a été choisie, permettant à la société E de se débarrasser de la société C, mais sans favoriser la société L, qui aurait été prête à reprendre en main l'activité de la société C, dans la mesure où cette reprise pouvait engendrer une plus grande synergie entre les produits de verre à couches et les verres plats et que les dirigeants de la société L, en raison de leur proximité avec la société C, étaient les mieux qualifiés pour prendre des décisions radicales ou changer le modèle économique et industriel de la société C. En effet, lesdits dirigeants avaient la meilleure idée des changements à apporter au modèle économique et industriel de C. Enfin, comme la production de verre à couches de la société C sous le contrôle direct de la société E n'avait pas connu un succès important, les dirigeants de la société L n'auraient pas pris de risque important en se portant acquéreurs d'une structure « *en constat d'échec* ».

Après la reprise, les dirigeants de la société L auraient lancé une importante restructuration de la société C et de son modèle d'activité :

⇒ en cédant une grande partie de l'infrastructure à des repreneurs du groupe GG implantés dans d'autres pays (Hongrie et Russie) ;

⇒ en modifiant les procédés de production pour réduire les déchets en améliorant la technique d'application des couches de protection ; le rail de production a été techniquement ajusté et amélioré aussi bien en ce qui concerne la vitesse (de 6 mètres par minute à 10) que la capacité de pompage (réduite de 60 secondes à 36) ; ces changements ont permis de produire dorénavant des produits à double couche avec une machine à un rail de production alors qu'auparavant la même tâche était effectuée avec une machine à deux rails de production, tout comme les coûts de personnel ont également pu être réduits ;

⇒ la méthode de produits trempables a été développée ; ce type de produits (« *Sunguard High Selective* ») joue un rôle très important en ce qui concerne la compétitivité au niveau des grands projets sophistiqués et est d'ailleurs devenu un gros atout au niveau des ventes (qui ont doublé entre 2006 et 2010) et de la profitabilité ;

⇒ les techniques de découpe du verre ont été modifiées, de façon à pouvoir traiter plus efficacement des demandes non standard (c'est-à-dire qui ne correspondaient pas aux panneaux de verre fabriqués en temps normal, de 6 m/2,5 m) ;

⇒ une méthode d'application de films de protection a été développée ; cette amélioration, qui a été brevetée en 2007, avait pour effet de protéger le verre transporté chez les vitriers et donc d'améliorer la qualité du service offert.

Ainsi, ce ne serait qu'à partir de la fin de la dernière décennie et suite aux modifications apportées par les dirigeants de la société L au modèle économique de la société C que ce secteur a connu son plein essor. Le modèle économique et industriel de la société C aurait ainsi évolué davantage vers le secteur de l'architecture, ce qui aurait permis de quadrupler la production de verre à couches en l'espace de quelques années et d'utiliser davantage de synergies avec le verre plat non traité, qui est le produit de base de la société L. Les appelantes admettent que le succès de la société C à partir de la reprise par la société L était dû non seulement au flair de ses nouveaux dirigeants, mais également au fait que le marché était davantage mûr pour un produit sophistiqué comme le verre à couches vers la fin de la dernière décennie, dans le secteur de l'architecture essentiellement.

Les appelantes précisent encore qu'à l'intérieur du groupe GG, chaque responsable d'unité est jugé et rémunéré en fonction de ses propres performances, de manière que le repreneur, la société L, aurait donc été mal conseillé de discuter au préalable ses idées de synergie et d'amélioration avec la société E, c'est-à-dire d'abattre ses cartes avant la conclusion des négociations. En d'autres termes, la société L aurait eu d'un point de vue économique absolument raison d'avoir d'abord exigé la modification du « *processing agreement* », dont la teneur initiale était à son désavantage, avant de pouvoir reprendre la société C et ensuite seulement de mettre en œuvre ses vues pour le développement de cette dernière à l'avenir.

Sur base de cet exposé de l'évolution de la situation à la base de la cession litigieuse, les appelantes considèrent que la cession par la société E de la société C à la société L aurait été effectuée dans les mêmes conditions que celles intervenant entre tiers indépendants, donc en éliminant dans la méthode d'évaluation les circonstances anormales ou personnelles au cédant ou à son groupe, et que la renégociation du « *processing agreement* » aurait été nécessaire pour rétablir une situation entre tiers indépendants. En effet, la teneur initiale de cette convention, extrêmement favorable à la société C, aurait été le résultat d'une erreur d'appréciation de la capacité d'écoulement du verre à couches sur le marché, mais en soi, la conclusion d'un « *processing agreement* » avec remboursement des coûts de production fixes et variables entiers et une marge ne serait en soi pas choquant alors qu'en 2002, les dirigeants de la société E auraient cru dans l'avenir du verre à couches.

Les appelantes estiment que l'administration fiscale aurait « *dénigré* » les améliorations apportées par la société L à la production de la société C durant toutes les étapes de la procédure et que tant l'administration que les juges de première instance seraient partis de l'idée fausse que les synergies entre les sociétés C et L devaient forcément être connues et prises en compte par la société E , de sorte que le prix de cession de la société C par la société E à la société L aurait dû en tenir compte et aurait donc probablement dû être plus élevé. Les appelantes font valoir à cet égard, premièrement, que, conformément à la politique interne au groupe GG prévisée, un dirigeant qui travaille pour une des sociétés ne met généralement pas à profit ses compétences pour le compte d'une autre société du groupe et, deuxièmement, que les synergies existant pour le repreneur avec la cible doivent être ignorées lorsqu'il s'agit de déterminer un prix entre tiers indépendants, puisqu'entre tiers, le cédant ne connaît en principe pas les idées du repreneur et ne peut que les anticiper et les mettre dans la balance lors d'une négociation. Elles soulignent à cet égard que le rapport d'expertise de Me. ... ... préciserait spécifiquement que les synergies à mettre en œuvre ne doivent pas être prises en compte pour la valorisation de la société cédée. Elles ajoutent que si le cédant avait connu les idées de synergies et avait pu les mettre dans la balance lors des négociations, on n'aurait plus été dans une situation entre tiers et le prix de cession aurait été faussé, une telle situation étant de plus critiquable d'un point de vue fiscal en ce que des circonstances anormales ou personnelles auraient influé sur le prix de cession et qu'une personne rémunérée par l'une des sociétés d'un groupe, de fait, travaille pour et dans l'intérêt d'une autre société.

D'après les appelantes, l'administration fiscale aurait tenu un raisonnement fondamentalement contradictoire, alors que, d'un côté, elle reproche que l'évaluation de la société C n'aurait pas été faite comme entre parties indépendantes, donc à la valeur de marché, et, de l'autre côté, estime que la cession aurait dû se faire à la valeur comptable comme elle se faisait à l'intérieur d'un groupe.

Ainsi, plus particulièrement, les appelantes critiquent la décision directoriale entreprise pour avoir retenu que la cession de la société C aurait dû être effectuée à la valeur

comptable, à savoir au montant de … euros, et elles considèrent que cette façon de voir les choses serait erronée et que la cession d'une participation dans une société non cotée à une autre société du même groupe doit être opérée à la valeur estimée de réalisation**,** c'est-à-dire à la valeur de marché, et non pas à la valeur nette comptable, les appelantes renvoyant à cet escient à l'article 27 LIR et aux §§ 10 et 13 de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs du 16 octobre 1934, dite « *Bewertungsgesetz* » (BewG). Elles soutiennent que le droit fiscal luxembourgeois imposerait expressément le principe de pleine concurrence aux transactions entre parties liées, duquel découle l'obligation de déterminer un prix de transfert correct, qu'une cession à la valeur comptable, exigée par la décision directoriale entreprise, ne serait précisément pas réalisée conformément aux conditions de pleine concurrence, soit à la valeur de marché telle que déterminée entre tiers indépendants, ce qui serait confirmé par une valorisation de la société C demandée à Me. ... ... qui estimerait entre autres qu'une cession à la valeur comptable ne correspondrait pas aux conditions de marché. Les appelantes en déduisent que le directeur ne serait pas fondé à considérer que la participation dans la société C devait être cédée à la valeur comptable à l'intérieur du groupe GG et qu'il conviendrait au contraire de déterminer quelle était la valeur de marché de C au moment de la cession pour s'assurer que le prix de cession retenu était bien conforme au principe de pleine concurrence et non sous-évalué, comme le prétend le directeur.

En vue de cette détermination de la valeur de marché, les appelantes font valoir que la méthode utilisée en l'espèce pour déterminer la valeur de cession de la société C serait parfaitement usuelle et n'encourrait aucune critique sérieuse et qu'il aurait appartenu à l'administration de prouver en quoi la valorisation litigieuse de la société C ne serait prétendument pas correcte, l'administration s'étant cependant limitée à quelques affirmations vagues et ayant imposé la valeur nette comptable sans avoir argumenté, ni démontré que l'estimation de la valeur de marché établie par la société E était incomplète ou basée sur des hypothèses critiquables, de manière à ne pas avoir suffi à la charge de la preuve afférente lui incombant. En procédant comme il l'a fait, le tribunal aurait également procédé à un renversement de la charge de la preuve au détriment des appelantes en ce que la jurisprudence soulignerait que la charge de la preuve incombe en premier lieu à l'administration, que le renversement de ladite charge ne serait possible que si les circonstances rendent probable une diminution indue des bénéfices, mais qu'en l'espèce, confrontée à la valorisation de la société C par la méthode DCF que le tribunal aurait lui-même reconnue comme étant une méthode d'évaluation acceptable, l'administration n'aurait nullement démontré, sur base d'un examen impartial et objectif, que la réalité économique et la valeur de cession des parts de la société C n'aurait pas été correctement évaluée sur base de la méthode usuelle employée, de sorte que ce serait à tort que les premiers juges ont procédé indûment à un renversement de la charge de la preuve au préjudice des parties requérantes.

Quant à la détermination concrète de la valeur des titres de la société C, les appelantes estiment que cette dernière se serait faite à la valeur de marché et en conformité aux règles légales au vœu desquelles la détermination de cette valeur de marché peut se faire, en premier lieu, par voie de comparaison avec des ventes de titres ou de parts de la société cédée ayant eu lieu peu de temps avant ou après la date clé de fixation. A défaut de ventes comparatives, l'évaluation devrait être faite à la valeur estimée de réalisation d'actions non cotées qui doit correspondre au prix qui pourrait être obtenu sur le marché en tenant compte de toutes les circonstances de nature à influer sur le prix et le calcul de cette valeur devrait être effectué, au vœu de la combinaison des § 10 (2) et § 13 (2) BewG, en fonction de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société, le § 13 (2), 2ième phrase BewG imposant, lors de l'évaluation, la prise en compte cumulative des deux critères de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société.

En raison de la technicité et de la particularité de l'activité exercée par la société C, aucune vente similaire n'aurait eu lieu peu de temps avant la cession litigieuse du 1er août 2006. Dans ces conditions, la société E aurait donc, afin de déterminer la valeur de marché de la société C, appliqué une méthode utilisée et reconnue par tous afin de déterminer la véritable valeur de marché de la société C, à savoir la méthode la plus répandue en finance dite DCF, provenant de la pratique anglo-saxonne et par ailleurs reconnue comme méthode acceptable dans le jugement entrepris.

Cette méthode DCF, ou autrement appelée la méthode des flux futurs de trésorerie, serait une méthode d'évaluation d'entreprises et de titres de sociétés qui repose sur une idée simple, à savoir qu'une entreprise n'a de valeur que si elle a des perspectives de rendement futur, et qui traduit financièrement qu'un actif « *vaut ce qu'il rapporte* », de manière à prendre en compte la possibilité de générer des profits mais également le risque de pertes futures. Elle consisterait à calculer, par actualisation, la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs attendus d'une activité. Dans le cadre d'une transaction, le montant ainsi déterminé correspondrait au prix qu'un acquéreur doit payer pour un investissement donné, puisque cet investissement lui permettra de couvrir le coût des capitaux (dette et fonds propres) qu'il engage. A cette valeur actuelle, il y a lieu d'ajouter le « *cash* » de la société et de déduire ses dettes pour arriver à la valeur de marché de la société. Les appelantes ajoutent que dans le monde financier et précisément celui des acquisitions, une détermination de la valeur d'une exploitation sur base d'une situation bilantaire ne serait jamais utilisée, au motif qu'une telle approche serait fondée seulement sur le passé, alors qu'un investisseur ne serait intéressé que par ce qu'une activité pourra dégager en termes de liquidités futures, et que la valeur comptable d'une société ne reflèterait quasiment jamais sa valeur sauf si la société ne dispose que d'avoirs en banque ou vient d'être fraîchement constituée, à l'inverse d'une société qui a créé un fonds de commerce ou dispose de plus- ou moins-values latentes sur ses actifs.

L'application de cette méthode DCF en vue du calcul de la valeur de la société C aurait été facilitée par le fait que cette dernière n'aurait pas été en mesure d'attirer de nouveaux clients, qu'elle était structurellement déficitaire suite au changement du « *processing agreement* » la liant à la société L, comme en témoigneraient les comptes annuels de l'exercice 2006, et qu'il n'y aurait eu aucune perspective de réaliser des profits sans changer le mode de fonctionnement de la société C.

Les appelantes expliquent que la méthode DCF prend en compte une estimation des revenus sur cinq ans en fonction de ce qui est connu au moment de l'évaluation, c'est-à-dire en tenant compte de la modification du « *processing agreement* », mais en ignorant les synergies que la société L allait mettre en place après la reprise de la société C car la société E n'en avait pas connaissance au moment où elle a évalué C en vue de sa vente. Ensuite, un taux d'escompte est appliqué. Cette méthode part du résultat opérationnel de la société C déterminé selon les principes comptables luxembourgeois (« *adjusted local operating profit* ») suite à l'ajustement de son modèle d'activité, mentionné ci-dessus, et tient compte du résultat du travail à façon de la société C pour la société L ainsi que du problème de la sous-exploitation des lignes de production de la société C rendant ainsi ce montant négatif (EUR -4,4 millions par an). Afin d'arriver au « *cash flow* », il y aurait lieu de rajouter les charges non décaissées, en l'occurrence le montant des dotations aux amortissements qui a influencé dans une première étape le montant du profit mais représente une charge non-décaissée (« *non cash* »), de manière qu'un montant de EUR … millions serait à réintégrer dans le ratio DCF et que le résultat serait à actualiser. Ensuite, après la période d'actualisation initiale sur cinq ans, une extrapolation des flux vers l'infini est faite (« *discounted terminal value* »). Les appelantes indiquent que l'actualisation aurait été

calculée en tenant compte du coût de refinancement de la société E, à savoir le coût de ses fonds propres et de ses dettes. On obtiendrait ainsi une valeur brute de la société de laquelle les dettes et autres engagements sont à déduire. Le résultat final de cette évaluation aurait ainsi été une valeur négative de la société C à hauteur de EUR -… millions selon la méthode DCF.

Admettant que la valeur d'une société ne pourrait cependant être inférieure à sa valeur de liquidation, c'est-à-dire en supposant un arrêt de l'activité, moins ses dettes, les appelantes continuent que la méthode DCF devrait donc être confrontée sur la base de la valeur liquidative de la société et qu'il aurait donc fallu procéder à une estimation de la valeur de réalisation des actifs de la société C qui aurait disposé, au moment de la cession, d'un bien immeuble et de machines de production. Les appelantes expliquent que les machines auraient été estimées à une valeur de réalisation correspondant à 25% de leur coût historique et justifient cette valorisation faible par la comparaison avec l'acquisition récente d'un « *coater* » du même type que celui utilisé par la société C par une société du groupe GG de la part d'une partie tierce, cette acquisition d'un « *coater* » utilisé durant une année par son acquéreur initial ayant été faite à un prix correspondant à une dépréciation de plus de 80% en une année, ce qui démontrerait que le marché pour ce genre de biens serait extrêmement difficile et défavorable et que cette valorisation correspondrait à celle du marché. Sur base de cette estimation, la valeur de réalisation des actifs de la société C aurait été estimée à EUR … millions, mais dans la mesure où les dettes de EUR … millions environ de la société devaient venir en diminution de ce montant, la valeur liquidative serait finalement de EUR - … millions et, vu qu'elle est plus faible que la valeur DCF, ce serait donc cette valeur qui a été retenue pour la recapitalisation de la société C.

Se fondant sur la prémisse qu'aucun acheteur n'aurait été prêt à acquérir une société dont la valeur est négative à hauteur de -… millions euros, les appelantes soutiennent que la société E aurait, avant de procéder à la cession de la société C, donc logiquement procédé à un assainissement de sa filiale en la recapitalisant à hauteur de EUR … millions afin de ramener au moins à zéro sa valeur de marché et pour tenir compte de l'obligation de recapitalisation prévue par le droit des sociétés. Du fait de cette recapitalisation, la valeur de réalisation de la société C aurait pu être estimée à un montant de zéro euro, tant sur base de la valeur liquidative que de l'estimation DCF, et cette société aurait pu être cédée pour un euro à la société L.

Afin d'étayer le caractère fondé de l'évaluation accomplie de la société C alors même que le tribunal n'avait pas fait droit à leur demande de nomination d'un expert indépendant, les appelantes invoquent un rapport dressé par Me. ... ... qui analyserait la méthode DCF de façon critique et montrerait que, même en ajustant certaines variables de la méthode DCF, telle qu'appliquée pour les besoins de l'évaluation litigieuse, un résultat similaire serait trouvé, que les prémisses de la méthode utilisées par la société E auraient été correctes, de manière à correspondre aux conditions entre tiers indépendants, et que la méthode telle qu'appliquée aurait fait abstraction de circonstances anormales ou personnelles à l'intérieur du groupe. Ce même rapport aurait également le mérite d'expliquer la méthode DCF et de faire état de comparables sur le marché dans le secteur du verre en démontrant bien que les rares opérations dans le secteur du verre au cours de la période en question ont été faites sur base de prémisses comparables. Ledit rapport arriverait en fin de compte à une valeur négative de la société C de - … millions euros, qui est inférieure à l'évaluation DCF faite par la société E et assez proche de l'évaluation de la valeur liquidative de la société C établie à - … millions euros. Tout en précisant que la valorisation d'une société n'est pas une science exacte, mais en relevant que les valorisations de la société E et de Me ... arrivent à des montants très similaires, les appelantes soutiennent que le prix de cession de la société C, tel

que déterminé à l'époque par la société E, serait correct. Le rapport de Me ... montrerait également que, pour pouvoir vendre la société C à un repreneur, il aurait été important de recapitaliser cette société afin d'éliminer ses dettes. Même si, alternativement, la société E avait abandonné ses créances à l'égard de la société C pour rendre celle-ci « *vendable* », une recapitalisation avec réalisation d'une perte de cession plus importante ou un abandon de créance aurait bien entendu eu dans l'optique de GE les mêmes conséquences.

Les appelantes précisent encore que la société E avait également fourni à l'administration fiscale et au tribunal une évaluation alternative basée sur le « *Stuttgarter Verfahren* », aboutissant également à la même fourchette d'évaluation négative.

Sur base de ces développements, les appelantes réitèrent leur position qu'afin de rendre la société C « *vendable* » au vu de sa valeur de marché négative, la société E aurait dû procéder à une recapitalisation de sa filiale C à hauteur de EUR … en date du 31 juillet 2006 afin d'apurer les dettes de sa filiale et de ramener au moins à zéro sa valeur de marché. Elles se prévalent en outre du fait que nombre d'autres cessions réalisées au prix symbolique d'un euro auraient déjà eu lieu dans différents secteurs d'activités, de manière que ce type de transaction serait tout à fait courant et ce d'autant plus en période de crise. En outre, le fait de recapitaliser une société en vue de sa cession serait une pratique tout à fait courante sur les marchés, les appelantes invoquant un certain nombre de telles opérations effectuées dans le passé, de manière que le fait que la société C ait été cédée un jour après la recapitalisation n'attesterait en aucun cas d'une quelconque mauvaise foi de la part du groupe GG.

Par rapport au reproche avancé par l'Etat et relatif au fait que l'évaluation de C n'avait pas été faite par un tiers, les appelantes font valoir qu'aucune règle du droit fiscal luxembourgeois n'imposerait qu'une évaluation soit faite par un tiers en cas de cession d'une société entre sociétés membres d'un même groupe et que la seule exigence serait celle que le prix de cession soit déterminé dans des conditions de marché, c'est-à-dire telles qu'elles seraient établies entre tiers indépendants. En l'espèce, la société E aurait déterminé la valeur de la société C en utilisant la méthode DCF et sur la base d'un calcul établi sur une fiche de calcul (*spreadsheet Excel*) et il n'y aurait nul besoin, pour déterminer un prix de marché, de « *faire établir par un tiers un rapport onéreux sur papier glacé* ». D'après les appelantes, la société E , en demandant à Me ... de produire un rapport, aurait néanmoins témoigné de sa bonne foi en faisant un geste envers l'administration fiscale afin que celle-ci soit plus à même de comprendre la méthodologie employée par la société E et qu'elle se voie confirmer par un tiers que la société E aurait correctement déterminé la valeur de sa filiale C, au motif que le rapport de Me ... aboutirait à une valeur de la société C qui serait très proche de celle déterminée par la société E .

Finalement, les appelantes se prévalent de la liberté des décisions économiques en faveur des contribuables par rapport à certains points soulevés par le directeur et le tribunal. Ainsi, face à la question relevée par le tribunal quant aux raisons pour lesquelles la société E a dû vendre sa filiale C, les appelantes renvoient à leurs développements ci-avant et ajoutent que le groupe intégré n'aurait pas été fortement bénéficiaire en 2006 et qu'il n'avait donc pas nécessairement « *besoin de créer* » une charge déductible pour réduire éventuellement sa base imposable. Pour les mêmes raisons tenant à la liberté des décisions économiques, le jugement attaqué serait encore critiquable en ce qu'il reproche que la société E ne démontrerait pas ses efforts pour la vente de la société C à un tiers. Les appelantes réitèrent leurs développements quant à l'impossibilité de trouver un repreneur externe, de sorte que la société E ne serait pas en mesure de fournir des documents attestant des efforts en vue de la vente de sa filiale C à un tiers et elles considèrent que la décision de céder une participation resterait de toute façon une décision commerciale et il n'y aurait nul besoin d'avancer une

raison pour céder une participation et bénéficier de la déduction de la perte réalisée. Il importerait seulement de respecter le principe de pleine concurrence lors de la cession de la participation, respect qui aurait été assuré en l'espèce. Par rapport à l'incompréhension affichée par le directeur par rapport aux raisons de la fusion opérée entre les sociétés L et C, les appelantes estiment que cette fusion aurait uniquement été opérée pour des raisons pratiques, qu'il n'appartiendrait pas à l'administration d'apprécier. Cette fusion aurait ainsi permis de regrouper les activités des deux sociétés de manière à rendre le redressement de la société C plus aisé. Par ailleurs, ladite fusion a eu lieu après la cession de la participation dans la société C par la société E et n'aurait aucune incidence sur la question de l'évaluation de la participation dans le contexte du présent dossier. En outre, cette fusion aurait été réalisée à la valeur comptable, comme la loi fiscale le prévoit expressément, de manière que les valeurs reprises dans le chef de la société L puissent donner lieu à imposition ultérieurement et ainsi permettre la réalisation de cette fusion – pure réorganisation interne – de façon relativement simple. Les appelantes concluent que cette réorganisation ne pourrait pas être utilisée contre la société E pour soutenir que la valeur de cession de la participation dans la société C ne serait pas correcte.

Sur base de l'ensemble de ces développements, les appelantes sollicitent la réformation du jugement de première instance en ce qu'il n'a pas reconnu la perte de cession de … euros ajustée de la perte de la société C de … euros déduite par cette société, et sa reprise au niveau du bilan fiscal intégré de la société IE.

Les appelantes ajoutent que la partie intimée ne comprendrait pas les réalités économiques de l'affaire et qu'elle se limiterait « *à déformer, voire à dénigrer les explications des appelantes, sans pour autant apporter de compléments aux débats* ». Elles voient également une contradiction fondamentale dans le raisonnement de l'administration fiscale en ce qu'elle considérerait, d'une part, justement que le prix de cession doit être déterminé comme entre tiers indépendants et, d'autre part, comme les sociétés L et GE font partie du même groupe, que la société E aurait dû tenir compte des synergies existant entre la société repreneuse et la société reprise pour déterminer le prix de cession. Ainsi, en suivant le raisonnement de l'administration, entre parties liées, il ne serait jamais possible d'arriver à un prix de marché, au motif qu'il y aurait toujours des circonstances personnelles impossibles à éliminer. Or, les éventuelles synergies que le repreneur pourrait mettre en œuvre devraient être ignorées, même si le vendeur les connaissait en raison de son appartenance au même groupe de sociétés, puisque sinon le prix pratiqué ne serait plus un prix entre tiers indépendants. Les appelantes soulignent que toute la démarche adoptée par la société E dans ce dossier aurait toujours été motivée par la volonté de maintenir des relations entre tiers indépendants, en faisant abstraction et en éliminant les circonstances personnelles qui pouvaient exister à l'intérieur d'un groupe. Pour cette raison, le prix de cession de la société C a été déterminé en utilisant la méthode DCF qui serait *la* méthode d'évaluation communément admise entre tiers indépendants et le rapport de Me ... confirmerait ni plus ni moins que l'évaluation préparée à l'époque par la société E aurait été correcte, qu'elle faisait bien abstraction des conditions existant entre parties liées et que la société C devait bien être recapitalisée en vue de sa vente.

Par rapport au « *processing agreement* », les appelantes maintiennent qu'il aurait répondu en permanence aux conditions de marché, mais que ces conditions auraient été mal appréciées au départ. Par rapport au reproche de l'administration d'un défaut d'une modification antérieure de cette convention, les appelantes rappellent qu'entre tiers indépendants, un contrat ne peut être modifié tel quel, mais être exécutés de bonne foi, une modification ou une dénonciation intempestive d'un contrat pouvant donner lieu à des dommages-intérêts en droit civil, de manière qu'à cet égard encore, la société E aurait

respecté les procédures qui sont normales entre tiers indépendants et que l'administration ne peut pas requérir une modification expéditive du « *processing agreement* » simplement parce que les parties sont liées. Elles ajoutent qu'une modification du « *processing agreement* » au cours d'un exercice précédent aurait simplement précipité la problématique de la vente de la société C par la société E et aurait certainement abouti à la réalisation d'une perte similaire par la société E , de manière que les points y relativement soulevés par le délégué du gouvernement relèveraient d'un faux problème. Les appelantes estiment également que l'administration s'attacherait prioritairement aux aspects formels entourant le litige et non pas à son fond et, ce faisant, elle ignorerait un principe général du droit fiscal qui est que la substance et la réalité économique priment sur la forme.

Relativement à la recapitalisation de la société C avant la cession litigieuse, les appelantes insistent sur ce qu'en l'absence de cette recapitalisation, cette vente n'aurait pas été conclue à des conditions de marché entre tiers indépendants et que la société L aurait pu se voir reprocher une distribution déguisée au profit de la société E en raison de l'acquisition de la société C à un prix surévalué. Ainsi, sans cette recapitalisation, la société L n'aurait pas pu acheter dans les conditions de marché la société C pour le prix d'un euro, alors que cette dernière se serait trouvée avec des dettes non apurées et qu'elle n'aurait pas pu régler au vu de son modèle économique, créant de fait une valeur négative de C. Les appelantes reprochent à l'administration de ne pas comprendre qu'une société puisse avoir une valeur négative, tel pouvant notamment être le cas si les dettes sont plus élevées que la valeur de marché des actifs de la société.

Il convient de relever que le directeur a fondé sa décision essentiellement sur l'article 164 (3) LIR en tant que disposition expresse impliquant notamment le principe de pleine concurrence dont les appelantes ne contestent pas l'applicabilité en son principe.

Aux termes de l'article 164 (3) LIR, « *les distributions cachées de bénéfices sont à comprendre dans le revenu imposable. Il y a distribution cachée de bénéfices notamment si un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société ou d'une association dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité* ».

Le terme « *notamment* » utilisé par la seconde phrase de l'article 164 (3) LIR indique, confirmé par les travaux parlementaires, que, conformément à un choix délibéré du législateur, cette formulation est générale afin de permettre « *à l'administration et aux instances de recours de prendre leur décision dans chaque cas d'espèce* » et ce au vu de la difficulté de prévoir une énumération exhaustive (projet de loi concernant l'impôt sur le revenu, doc. parl. 571^4, *ad* art. 239, p. 3).

Ainsi, les relations entre sociétés d'un même groupe découlant des liens participatifs hiérarchiques ou croisés sont de nature à imprimer aux sociétés du groupe la qualité d'associé ou sociétaire, en cas de participation directe détenue par le bénéficiaire de l'avantage, ou d'une autre personne intéressée en l'absence d'un lien direct, l'intérêt de cette dernière étant alors corrélatif aux liens participatifs et à la volonté commune existant au niveau du groupe. Il s'ensuit que la situation de l'espèce rentre dans le champ d'application personnel de l'article 164 (3) LIR.

Il y a ensuite lieu d'examiner l'existence d'un avantage trouvant sa cause essentiellement dans le lien participatif entre les sociétés impliquées et au niveau du groupe GG.

L'essence de la notion de distribution cachée doit être dégagée à partir du principe posé par l'article 164 (1) LIR que les distributions ne peuvent pas réduire le revenu imposable. La loi opère de la sorte une distinction entre la sphère de réalisation des revenus, qui détermine le revenu imposable devant être soumis à imposition, et celle d'utilisation ou de distribution des revenus qui ne doit pas influer sur le revenu imposable. Ainsi, une distribution cachée de bénéfice s'analyse en une opération ayant l'apparence d'être intervenue dans le cadre de la réalisation de revenus, mais dont l'examen de sa substance permet de dégager sa qualification réelle d'une opération de distribution trouvant son fondement dans l'allocation d'un avantage direct ou indirect à un associé, actionnaire ou intéressé et ayant entraîné soit une diminution de l'actif ("*Vermögensminderung*") soit un défaut d'accroissement de l'actif ("*verhinderte Vermögensmehrung*"). Les distributions cachées de bénéfices visées par l'article 164 (3) LIR, précité, existent dès lors si un associé, actionnaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement d'une société des avantages qui s'analysent pour cette dernière en un emploi de revenus sans contrepartie effective et que l'associé, actionnaire ou intéressé n'aurait pas pu obtenir en l'absence de ce lien. La situation concernée est celle où un gestionnaire prudent et avisé n'aurait pas accordé un avantage similaire à un tiers.

L'appréciation quant à l'existence d'un avantage sans contrepartie réelle découlant de la cession, par la société E , des parts de la société C à la société L doit ainsi être opérée par rapport au prix qui aurait pu être obtenu par la société E pour sa participation dans la société C en cas de cession de celle-ci à un acquéreur tiers indépendant, d'après les conditions générales du marché, en admettant qu'un gestionnaire prudent et avisé aurait tâché de réaliser la cession au meilleur prix possible sans vouloir accorder des faveurs particulières à l'acquéreur.

C'est à bon droit que le directeur s'est référé, pour la détermination de ce prix devant servir de référence, à l'article 27 (2) LIR, disposant qu'« *est considéré comme valeur estimée de réalisation, le prix qui s'obtiendrait lors d'une aliénation normale et librement consentie du bien envisagé, compte tenu de toutes les circonstances et conditions se répercutant sur le prix, à l'exception toutefois des circonstances et conditions anormales ou personnelles* », vu que la valeur estimée de réalisation définie par cette disposition correspond au prix de référence d'après les conditions générales du marché et impose l'exclusion des circonstances et conditions fondées sur des considérations étrangères au bien en cause, dont notamment l'appartenance des deux parties contractantes à un même groupe, qui sont également de nature à donner lieu à un avantage sans contrepartie effective et à fausser ainsi les conditions de pleine concurrence entre tiers.

Quant à la référence, par le directeur, aux §§ 10 (2) et 13 (2) BewG, il convient de relever que l'article 27 (2) LIR constitue la transcription du § 10 (2) BewG dans le cadre de la LIR en ce que deux définitions sont correspondantes, le § 10 (2) BewG définissant la valeur estimée de réalisation (« *gemeiner Wert* ») comme suit: « *Der gemeine Wert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, zu berücksichtigen. Ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse sind nicht zu berücksichtigen* ». Dès lors, même si l'article 27 (2) LIR constitue en principe par rapport au § 10 (2) BewG une disposition spécifique qui, en cas de différence de contenu, exclurait l'application du § 10 (2) BewG conformément au § 1 BewG rendant applicables les règles générales d'évaluation des §§ 2 à 17 BewG pour les impôts étatiques pour autant que les lois particulières aux différents impôts n'y dérogent pas, la correspondance des deux définitions de la même notion de valeur estimée de réalisation et l'absence d'autres dispositions particulières dans la LIR relativement à la détermination de la

valeur estimée de réalisation de certaines catégories de biens entraîne que les dispositions générales de la BewG ne sont pas à écarter dans le cadre de l'impôt sur le revenu et, au vœu du renvoi opéré par l'article 162 (1) LIR, de l'impôt sur le revenu des collectivités. Or, le § 13 (2) BewG dispose que : « *Für Aktien, für Kurse und sonstige Anteile an Bergwerksgesellschaften, für Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und für Genussscheine ist, soweit sie im Inland keinen Kurswert haben, der gemeine Wert (§ 10) maßgebend. Lässt sich der gemeine Wert aus Verkäufen nicht ableiten, so ist er unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens und der Ertragsaussichten der Gesellschaft oder Gewerkschaft zu schätzen* ». Cette disposition doit donc trouver application en l'espèce dans la mesure où elle pose les critères à prendre en compte en vue de la fixation de la valeur estimée de réalisation des valeurs mobilières y visées.

La Cour rejoint partant les premiers juges dans leur conclusion qu'il se dégage des dispositions combinées de l'article 27 (2) LIR, ainsi que des §§ 10 (2) et 13 (2) BewG que la valeur estimée de réalisation d'actions non cotées et pour lesquelles aucune opération récente de vente n'est documentée doit correspondre au prix qui pourrait être obtenu sur le marché en tenant compte de toutes les circonstances de nature à influer sur le prix et plus particulièrement de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société, étant précisé que lesdites dispositions imposent de faire abstraction des circonstances et conditions anormales ou personnelles, dont notamment celles résultant d'une relation particulièrement étroite entre le cédant et le cessionnaire.

Concernant l'application de l'article 164 (3) LIR, il convient finalement de rappeler qu'aux termes de l'article 59 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, « *la preuve des faits déclenchant l'obligation fiscale appartient à l'administration, la preuve des faits libérant de l'obligation fiscale ou réduisant la cote d'impôt appartient au contribuable* ».

La charge de la preuve de l'existence d'une distribution cachée de bénéfices repose donc en premier lieu sur le bureau d'imposition. Celui-ci doit en effet procéder à un examen impartial et objectif des déclarations du contribuable et relever des éléments qui lui paraissent douteux et qui pourraient indiquer l'existence de distributions cachées de bénéfices. Ainsi, c'est essentiellement lorsque le bureau d'imposition peut faire état d'un faisceau de circonstances qui rendent une telle distribution probable et qui n'ont pas été éclairées ou documentées à suffisance par le contribuable que le prédit bureau peut mettre en cause la réalité économique des opérations et supposer une diminution indue des bénéfices de l'entreprise sans avoir à la justifier exactement. Il y a alors renversement de la charge de la preuve, le contribuable devant prouver qu'il n'y a pas diminution de bénéfice ou que celle-ci est économiquement justifiée, et non seulement motivée par des relations particulières entre deux entités liées (cf. Cour adm. 11 février 2009, n° 24642C, Pas. adm. 2012, V° Impôts, n° 352).

En l'espèce, le bureau d'imposition et le directeur se sont basés en substance sur le fait que la participation dans la société C était inscrite dans la comptabilité de la société E à sa valeur comptable de … euros au 1er janvier 2006 et que cette valeur avait été portée à … euros par l'augmentation de capital ayant précédé la cession litigieuse, le tout sans que la société E ait fait état d'une valorisation à une valeur d'exploitation inférieure. Le directeur releva encore le niveau des fonds propres de la société C aux fins respectives des exercices 2005 et 2006 et le fait que cette société avait encore procédé à une distribution de bénéfices durant l'année 2006. En outre, le directeur a refusé de reconnaître une force probante suffisante à la feuille de calcul de la valeur de la société C selon la méthode DCF soumise par les appelantes à défaut d'une évaluation par un expert indépendant. Le directeur a partant

fait découler l'avantage au sens de l'article 164 (3) LIR du fait qu'aucun motif valable pour la vente des parts de la société C à un prix inférieur à sa valeur comptable, et plus particulièrement pour le prix symbolique d'un euro, n'était apparent.

Ces éléments pris dans leur ensemble peuvent être considérés comme faisceau de circonstances qui rendent une distribution cachée de bénéfices probable, de manière qu'il incombe aux appelantes de fournir des preuves sur la justification économique de la fixation du prix de vente des parts de la société C mise à la base de la cession litigieuse à la société L.

En premier lieu, les appelantes concluent au bien-fondé de la méthode d'évaluation choisie pour évaluer la société C, à savoir la méthode DCF pour être largement reconnue et appliquée, l'Etat arguant par contre que cette méthode ne serait pas conforme aux dispositions de l'article 27 (2) LIR et des §§ 10 (2) et 13 (2) BewG.

Telle qu'elle est explicitée par les appelantes et a apparemment été appliquée en l'espèce pour évaluer la valeur de la société C, cette méthode DCF est fondée sur la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs attendus d'une activité. Elle consisterait ainsi, en résumé, en une estimation des revenus i.e. du résultat opérationnel sur cinq ans en fonction de la situation de la société connue au moment de l'évaluation, auquel résultat il y aurait lieu de rajouter les charges non décaissées, en l'occurrence le montant des dotations aux amortissements, afin d'arriver au « *cash flow* ». Cette méthode tient encore compte du coût des fonds propres et des dettes et autres engagements qui seraient à déduire de la valeur brute de la société. Le résultat final de cette évaluation aurait ainsi été une valeur négative de la société C à hauteur de -… millions euros selon la méthode DCF.

Ainsi décrite, cette méthode d'évaluation porte presque exclusivement sur le volet des perspectives de rendement de la société concernée et ne tient compte de sa situation de fortune que dans la mesure des fonds propres et des dettes et autres engagements, les autres éléments de l'actif investi et leurs valorisations n'influant, ainsi qu'il faut déduire des explications des appelantes, pas sur le résultat dégagé par cette méthode.

Il est vrai que les appelantes affirment avoir également déterminé la valeur de liquidation de la société C sur base d'une estimation de la valeur de réalisation de ses actifs dont les dettes devraient être déduites. Ainsi, quant à l'actif, les machines auraient été estimées à une valeur de réalisation correspondant à 25% de leur coût historique, soit à … millions euros, et les dettes à hauteur de … millions euros environ auraient entraîné que la valeur liquidative serait finalement de -… millions euros.

Les appelantes indiquent que la valeur de liquidation aurait été retenue pour la recapitalisation de la société C au motif qu'elle est plus faible que la valeur DCF. Or, en réalité, non seulement la société E a fixé le montant de l'augmentation de capital de la société C sur la seule base de cette valeur liquidative, mais la cession litigieuse des parts de la société C a également été effectuée sur base de cette valeur dans la mesure où, après la recapitalisation à hauteur de quelque … millions euros, le prix de vente a été fixé à un euro.

Il faut partant conclure à partir de ces éléments qu'en fait, la valeur de la société C en vue de la cession litigieuse du 1er août 2006 a été déterminée en réalité sur le seul fondement de la valeur liquidative de cette société, étant donné que les appelantes ne font pas état d'un calcul ayant abouti à une valeur pondérée sur base à la fois de la valeur liquidative et de la valeur d'après la méthode DCF.

Or, alors même que ni les dispositions du BewG ni celles de la LIR n'imposent une méthode selon laquelle il y a lieu d'évaluer la valeur estimée de réalisation des parts sociales

d'une société non cotée, lesdites dispositions imposent la prise en considération dans le cadre de la méthode d'évaluation de toutes les circonstances de nature à influer sur le prix et, plus particulièrement, à la fois de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société en insistant sur le fait que les circonstances et conditions anormales ou personnelles ne doivent pas influer sur l'évaluation du prix.

Il s'ensuit que la valeur de la société C telle que déterminée en l'espèce à la base de la cession litigieuse ne peut pas être considérée comme correspondant à la valeur estimée de réalisation de la participation afférente au sens de l'article 27 (2) LIR et des §§ 10 (2) et 13 (2) BewG, de manière qu'elle ne saurait être utilement mise à la base d'une moins-value découlant de cette cession.

Afin de justifier quand même leur pétition que la valeur réelle de la société C aurait été largement inférieure à la valeur comptable de la participation inscrite dans les comptes de la société E et les choix et méthodes ayant conduit à l'évaluation litigieuse de la valeur de la société C en vue de sa cession, les appelantes se prévalent encore du principe de pleine concurrence devant être respecté également dans les relations entre sociétés liées. Plus particulièrement, elles entendent voir réfuter toutes contestations relativement à la modification du « *processing agreement* » de 2006 en estimant que ce changement aurait été destiné à rétablir, au vu de l'évolution de la situation depuis la convention initiale, des relations correspondant à celles entre entreprises non liées. En outre, elles considèrent que l'évaluation de la société C aurait dû être effectuée en faisant abstraction des synergies et améliorations que le responsable de la société L entendait réaliser dans le processus de production du « *coated glass* » une fois la cession de la société C effectuée, au motif que le cédant ne connaîtrait pas non plus les arrière-pensées d'un repreneur tiers.

L'article 164 (3) LIR, dans la mesure où il requalifie en distribution cachée l'allocation d'un avantage sans contrepartie effective, qui pourrait être obtenue sur le marché, et motivée seulement par le lien participatif, s'analyse effectivement en une concrétisation du principe de pleine concurrence devant être respecté dans les relations entre une société et ses associés, actionnaires ou intéressés.

Il est vrai qu'il ne peut pas être reproché aux sociétés L et C d'avoir effectué des distributions cachées dès la conclusion du « *processing agreement* » initial en ayant prévu que la société L achèterait à la société C l'ensemble de sa production en versant à cette dernière une rémunération annuelle qu'elle calculait sur la base des coûts fixes et variables (« *full cost plus* »), les appelantes faisant à bon droit valoir à cet égard que les parties étaient légitimement parties de l'idée que la capacité de production de la société C serait plus ou moins pleinement utilisée, pareille expectative ne s'étant cependant pas réalisée dans la suite. La conséquence que la société C a pu maintenir une situation profitable durant une certaine période grâce aux stipulations favorables du « *processing agreement* » n'est ainsi pas non plus critiquable en soi. En outre, le fait que la société C a été amenée par la société L à accepter une modification du « *processing agreement* » dans le sens de prendre elle-même en charge le coût de la part non utilisée de sa capacité de production ne saurait être considéré comme contraire au principe de pleine concurrence, étant donné qu'une modification des relations contractuelles dans le sens qu'une entreprise productrice doive supporter elle-même le risque d'un taux d'utilisation insuffisant de la capacité de son outil de production correspond à une façon de procéder entre entreprises indépendantes dans la mesure où un gestionnaire normalement diligent n'accepterait pas que son entreprise prenne en charge durablement les surcoûts de l'outil de production d'une autre entreprise. Ceci est vrai alors même que ladite modification a entraîné pour la société C la conséquence que sa situation bénéficiaire jusque lors a muté vers une situation potentiellement déficitaire.

Il est pareillement vrai que, d'une manière générale, dans les négociations entre tiers indépendants, la valeur d'une société est déterminée en principe en tenant compte de sa situation de fortune et d'exploitation au moment de la cession et que l'acquéreur, mû par la volonté d'acquérir la société au moindre coût possible, ne révèle pas au cédant ses projets pour améliorer la rentabilité de l'activité de la société à acquérir et partant du coût d'acquisition.

Il y a lieu d'ajouter que la Cour ne partage pas entièrement les reproches du tribunal quant au défaut, par les appelantes, d'avoir étayé leur affirmation que la société E aurait activement recherché un repreneur externe pour les parts détenues dans le capital social de la société C et quant au défaut par elles de justifier à suffisance la nécessité absolue alléguée de vendre la société C et de procéder, en raison du défaut d'un repreneur externe, à la vente au sein du même groupe des parts sociales de la société C. La Cour considère en effet que ces décisions relèvent du champ de la liberté des décisions économiques en faveur des contribuables, les appelantes ayant expliqué de manière plausible qu'une solution intra-groupe avait été préférée en fin de compte et que la structuration du groupe GG en sociétés constituant chacune une entité autonome dont la rentabilité est vérifiée séparément aurait emporté le choix de placer la société C sous le contrôle de la société L dont le responsable avait élaboré un concept pour des améliorations et synergies dans le cadre de la production du « *coated glass* » par la société C. La seule question à résoudre dans le présent cadre est celle de savoir si les choix librement exercés sont de nature à entraîner les conséquences fiscales invoquées par les appelantes.

Si la Cour peut donc rejoindre les vues des appelantes en ce qui concerne chacun des trois points ci-avant considérés de manière isolée, elle ne peut pas partager leur position que l'évaluation de la valeur de la société C effectuée en l'espèce devrait être reconnue comme correspondant à sa valeur estimée de réalisation par une application correcte du principe de la pleine concurrence aux opérations en cause sous les aspects ci-avant relatés.

En effet, c'est la conjonction de plusieurs circonstances relatives aux opérations de recapitalisation et de cession en cause qui amènent à dénier à la diminution de bénéfice découlant pour la société E de la cession de sa participation dans la société C l'existence d'une justification économique suffisante.

Ainsi, l'Etat souligne à juste titre que nonobstant le fait que la sous-utilisation de la capacité de production de la société C et la prise en charge du coût afférent par la société L en exécution du « *processing agreement* » furent une donnée apparemment constante depuis l'année 2003, les affirmations des appelantes que la renégociation de cette convention aurait en tout cas abouti en l'année 2006 et que ces négociations auraient débuté, pour ainsi dire, *tempore non suspecto* dès la fin de l'année 2005 et avant la concrétisation du projet de la cession de la société C à la société L, au lieu d'une cession à un repreneur tiers, restent à l'état de pure allégation, l'Etat se prévalant par contre légitimement du défaut de la production d'un original dûment signé de la convention modificative pour mettre en doute l'indépendance entre ladite modification et la cession des parts de la société C à la société L. C'est ainsi cette modification du « *processing agreement* » censée prétendument rétablir entre les deux sociétés contractantes une situation conforme au principe de pleine concurrence, mais qui a été opérée avec effet rétroactif pour lui conférer un impact économique significatif et apparemment finalisée peu de temps avant la cession, qui a fourni la base pour une évaluation négative de la société C au vu des perspectives de rendement largement affectées par cette modification du « *processing agreement* ».

Il s'y ajoute que cette évaluation négative, dont surtout la détermination de la valeur de liquidation de -… millions euros a été fondée sur une décote de 75% sur le coût historique

de l'outil de production et la justification afférente avancée par les appelantes, qui renvoient à une comparaison avec une acquisition d'un « *coater* » du même type que celui utilisé par la société C par une société du groupe GG à une partie tierce, reste à l'état de simple allégation non autrement étayée.

D'une manière plus générale, s'il est vrai, comme les appelantes font valoir, qu'aucune disposition légale ne requiert la détermination de la valeur d'une société en vue de sa cession par un expert indépendant, l'Etat épingle néanmoins à bon droit le fait que la détermination de la valeur de la société C a été documentée par une seule feuille de calcul « *excel* » et qu'une cession entre tiers aurait été effectuée sur base d'une documentation complète sur la situation de fortune et de revenus de la société C au moment de la cession.

Un autre facteur qui affecte la justification économique de la valeur attribuée à la société C et de la moins-value découlant de sa cession réside dans la circonstance qu'en cas de début des renégociations sur le « *processing agreement* » avant la fin de l'année 2005 et de leur conclusion au début de l'année 2006 sans que le projet de cession à la société L n'ait été concrétisé, un actionnaire prudent et avisé aurait pratiqué au plus tard dès après la clôture des négociations au début de l'année 2006 une correction de la valeur de sa participation si la valeur comptable de cette dernière à hauteur de … euros au 1er janvier 2006 avait effectivement été supérieure à la valeur réelle de la filiale nonobstant l'existence d'un actif net bilantaire de plus de … millions euros au 1er janvier 2006.

De même, il est surprenant que la société C a encore procédé en juin 2006 à une distribution de dividendes de … € du chef des bénéfices des exercices 2000 à 2005 alors même que la nécessité d'une recapitalisation était apparemment déjà prévisible d'après l'exposé des faits des appelantes. En effet, nonobstant l'argument des appelantes que cette distribution représentait des bénéfices d'exercices passés, cette dernière a nécessairement affecté les réserves et partant accentué la nécessité d'augmenter les fonds propres à travers une augmentation de capital.

En outre, il est peu probable qu'un actionnaire unique aurait admis que sa filiale accepte une modification d'une convention favorable telle le « *processing agreement* » en cause liant sa filiale au futur repreneur afin d'éviter de fournir à celui-ci un argument pour tenter de réduire le prix de cession.

Sur base de ces éléments, la Cour est amenée à conclure que si les appelantes se prévalent certes du principe de pleine concurrence pour justifier leurs choix et valorisations ainsi que les opérations effectuées, il n'en reste pas moins que les éléments permettent plutôt d'admettre que les différentes opérations en apparence chacune conforme individuellement au principe de pleine concurrence – la modification du « *processing agreement* », l'évaluation de la société C à sa valeur de liquidation négative, sur base d'une décote importante sur la valeur de l'actif, servant de justification à sa recapitalisation et la cession le lendemain sur base de cette évaluation censée être fondée sur la seule situation existante de la société C sans tenir compte des synergies futures mises en œuvre par l'acquéreur - ont été combinées en l'espèce de manière à donner lieu à une moins-value de cession dont la déduction fiscale permettrait de compenser en large partie l'augmentation de capital de la société C que la société L a été amenée à souscrire et libérer entièrement la veille de la cession. Les éléments en cause fournissent ainsi un faisceau d'indices en direction d'une opération globale décidée au niveau du groupe GG dans le sens d'une solution intra-groupe pour la société C impliquant, d'une part, son transfert sous l'influence de la société L, dont le dirigeant avait probablement déjà présenté son concept d'optimisation et de synergies, et, d'autre part, le réinvestissement, par le biais de la recapitalisation, par la société L des

avantages déjà retirés de la société C grâce à la situation bénéficiaire maintenue jusque lors grâce aux stipulations du « *processing agreement* ».

Le calcul de la valeur de la société C d'après le « *Stuttgarter Verfahren* », aboutissant à une valeur totale estimée des parts de la société C de … euros, également versée en cause par les appelantes, ne saurait pas non plus être admis comme une évaluation conforme aux prescriptions légales de ladite société. En effet, en premier lieu, la valeur de l'actif net est fixée sur base d'une décote de quelques 70% sur l'actif net d'après les comptes annuels et, comme il a déjà été retenu ci-avant, pareille décote est fondée sur de simples affirmations sans être étayée par des éléments concrets. En second lieu, l'Etat critique à juste titre le fait que, dans le cadre de la détermination de la composante du rendement, le résultat déficitaire global de l'exercice 2006 a déjà été pris en compte, étant donné que pareille façon de procéder ne tient pas compte de la date de cession du 1er août 2006 et qu'elle tend à réduire la valeur de la société C en imputant pleinement les conséquences financières de la modification du « *processing agreement* » opérée en temps utile au cours de l'année 2006.

Finalement, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande subsidiaire des appelantes tendant à voir ordonner la nomination d'un expert indépendant avec la mission de procéder à l'évaluation de la valeur de marché des titres de la société C au moment de la cession en cause, étant donné que les éléments de l'espèce, dont notamment les défauts dont se trouve affectée l'évaluation selon le « *Stuttgarter Verfahren* » soumise par les appelantes, ne fournissent pas des indices suffisants dans le sens que cette valeur pourrait être sensiblement inférieure à la valeur comptable de la participation afférente dans les comptes de la société E au 1er août 2006.

Sur base de l'ensemble de ces considérations, la Cour est amenée à conclure que les appelantes n'ont pas établi en cause que le prix d'un euro pour la cession du 1er août 2006 de l'ensemble des parts du capital de la société C à la société L correspond au prix qui aurait pu être obtenu sur le marché en tenant compte de toutes les circonstances de nature à influer sur le prix et plus particulièrement de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société en cause, mais écartant toutes les circonstances et conditions anormales ou personnelles, dont notamment celles résultant de l'appartenance de toutes les sociétés impliquées au groupe GG, le tout conformément aux dispositions de l'article 27 (2) LIR et des §§ 10 (2) et 13 (2) BewG. Par voie de conséquence, elles n'ont pas non plus prouvé, dans le cadre de l'application de l'article 164 (3) LIR, que la diminution du bénéfice de la société E se dégageant de la moins-value sur la cession de ladite participation est économiquement justifiée et non seulement motivée par des relations particulières entre les sociétés liées intervenant dans les différentes opérations.

Il découle de l'ensemble des développements ci-avant que l'appel sous examen n'est justifié en aucun de ses moyens et est à rejeter comme étant non fondé, le jugement entrepris étant à confirmer en conséquence.

Au vu de l'issue au fond du litige, la demande des appelantes en allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros à chacune d'elles est à rejeter alors que les conditions légales afférentes ne se trouvent pas réunies en l'espèce.

PAR CES MOTIFS

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties en cause,

reçoit l'appel du 14 février 2014 en la forme,

au fond, le déclare non justifié et en déboute,

partant, confirme le jugement entrepris du 13 janvier 2014,

rejette la demande des appelantes en allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros à chacune d'elles,

condamne les appelantes aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par:

Serge SCHROEDER, premier conseiller,

Lynn SPIELMANN, conseiller,

Martine GILLARDIN, conseiller.

et lu à l'audience publique du 26 mars 2015 au local ordinaire des audiences de la Cour par le premier conseiller, en présence du greffier en chef de la Cour Erny MAY.

s. MAY s. SCHROEDER

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 29 mai 2016
Le greffier en chef de la Cour administrative